

VU Research Portal

Van fluoridering en kinderopvangtoeslag naar Big Tech

van Ommeren, FJ

published in

Naar wetten die werken
2021

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Ommeren, FJ. (2021). Van fluoridering en kinderopvangtoeslag naar Big Tech: De Academie voor Wetgeving tussen rechtsstaat, legaliteit en actualiteit. In M. Wesselink (Ed.), *Naar wetten die werken: 20-Jarig jubileum Academie voor Wetgeving* (pp. 65-77). Academie voor wetgeving/Academie voor overheidsjuristen.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl



Naar wetten die werken

Redactie: Mr. dr. M. Wesselink

Van fluoridering en kinderopvangtoeslag naar Big Tech

De Academie voor Wetgeving tussen rechtsstaat, legaliteit en actualiteit

Frank van Ommeren¹

1. Proloog: voor de beroepsgroep

Iedere gerespecteerde juridische beroepsgroep moet over goede postacademische opleidingen beschikken. Dat geldt niet alleen voor de advocatuur en de rechterlijke macht, maar zeker ook voor wetgevingsjuristen en (andere) overheidsjuristen. Waar men vroeger nog kon denken dat mechanismen als ‘learning on the job’ voldoende waren om een vak of ambacht echt te leren, dat volstaan kon worden met een meester-gezelrelatie, weten we nu al lang dat – hoe belangrijk het ook is om in de praktijk veel ervaring op te doen – daarmee echt niet kan worden volstaan. Integendeel, een leven lang leren is nu het devies. En daar hoort een heuse beroepsopleiding bij. De Academie voor Wetgeving mag er trots op zijn dat zij dat nu al 20 jaar met zoveel verve doet. Dat is niet alleen goed voor de kwaliteit van de opleiding van de individuele wetgevingsjurist, dat is ook heel belangrijk voor het aanzien van de beroepsgroep van wetgevingsjuristen als geheel.

Wanneer rechtenstudenten zich oriënteren op het vervolg na hun studie, zijn de advocatuur en de rechterlijke macht de beroepsgroepen die hen van meet af aan scherp op het netvlies staan. Aan mijn universiteit, de VU, vormt het omvangrijke vak ‘Wetgeving’ samen met de praktijkgerichte ‘Wetgevingsclinic’ de ferme basis van onze afstudeerrichting ‘Jurist & Overheid’.² De studenten leren daar te ervaren wat het voor de jurist betekent dat de wet een maakbaar ding is, en niet per se moet worden beschouwd als een hard gegeven waarvan in beginsel moet worden uitgegaan. Maar zelfs voor die masterstudenten, die door hun opleiding al goed vertrouwd zijn met de rol van de wetgevingsjurist, zou het zonder de aanwezigheid van een professionele vervolgopleiding – de Academie voor Wetgeving – ondenkbaar zijn het vak van wetgevingsjurist serieus te overwegen als een aantrekkelijke beroepsmogelijkheid. De Academie voor Wetgeving zorgt kortom voor status, erkenning en herkenning van de beroepsgroep als geheel.³

1. Prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de VU en lid van de Raad voor Openbaar Bestuur (ROB). Hij is voorzitter van de Opleidings- en Curriculum Commissie (OCC) van de Academies voor Wetgeving en Overheidsjuristen en adviserend lid van het bestuur van de Stichting Recht en Overheid.

2. Zie voor een overzicht van wat er op wetgevingsterrein aan de andere juridische faculteiten wordt gedoceerd, W.J.M. Voermans, ‘Waarom is er zo weinig wetgevingsonderwijs in de universitaire rechtenopleiding?’ *RegelMaat* 2015 (30) 2, p. 68 e.v.

3. Vgl. S.E. Zijlstra, ‘Inleiding’, in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*,

De Academie is hiervoor uiteraard niet de enige relevante factor.⁴ Om een erkende, onderscheiden beroepsgroep te zijn, moet men beschikken over eigen herkenbare, verbindende instituties, zoals een eigen vaktijdschrift, een eigen beroepsvereniging, een eigen jaarcongres, toogdag of ander terugkerend hoogtepunt en als het even kan enige (bijzondere) leerstoelen aan universiteiten en ook een eigen postacademische opleiding. Voor wetgevingsjuristen zijn die er de afgelopen decennia allemaal gekomen: het eerste nummer van 'RegelMaat, Nederlands Tijdschrift voor Wetgeving' (toen nog: 'Kwartaalblad voor Wetgevingsvraagstukken') verscheen in 1985; de 'Nederlandse Vereniging voor Wetgeving' werd opgericht in 1989 (als 'Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid'); we kennen alweer tijden de tweejaarlijkse 'Dag van de Wetgeving'; enige juridische faculteiten beschikken of beschikten (er is wat verloop) over een bijzondere leerstoel Wetgeving en de Academie voor Wetgeving startte in 2001 en viert nu dus haar 20-jarig jubileum. Het is buitengewoon belangrijk dat die instituties er allemaal zijn. Zij kunnen elkaar onderling versterken. Ze dragen bij aan de kracht van de beroepsgroep als geheel.⁵

Dit is te meer van belang nu – naar ook uit empirisch onderzoek blijkt – het gezag van juristen in overheidsdienst, en trouwens ook in het bedrijfsleven, tanende is, althans van het centrum van de macht naar de periferie is verschoven.⁶ Dat vergt wel enig tegenwicht van de beroepsgroep. Het is een extra reden waarom professionalisering van de beroepsgroep noodzakelijk is en blijft.

2. Legaliteit als platgetreden klassieker?

Toen ik lang geleden aan mijn dissertatie werkte, had ik niet verwacht daarover ooit aan een praktijkgerichte opleiding te kunnen doceren. Daarvoor gold het onderwerp – het betrof de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip⁷ – als te klassiek en te theoretisch van aard. Ik was dan ook aangenaam verrast toen in 2001 een nieuwe postacademische opleiding het licht zag – de Academie voor Wetgeving – die het voor mij mogelijk maakte voor praktijkjuristen, jonge ambtenaren en al snel ook voor meer ervaren wetgevingsjuristen, het verhaal over dit onderwerp vrij uitvoerig uit de doeken te doen. Nog leuker werd het om tijdens die colleges vrijwel stevast een reactie in de volgende trant te krijgen:

Deventer: Kluwer 2012, p. 17 e.v.

4. Dit ligt niet anders bij de Academie voor Overheidsjuristen. Vgl. K.J. Kraan & B. Niemeijer, 'De opleiding tot overheidsjurist', in: *Herijking van de juridische opleidingen*, (preadviezen NJV), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 101, 102, die eveneens op het belang van een goede beroepsorganisatie wijzen.

5. Over waaraan moet worden voldaan om een beroepsgroep te zijn, is veel geschreven. In het kader van deze jubileumbundel volsta ik met het noemen van de fraaie bijdrage in de publicatiereeks 'Recht en Overheid' van de Academies: G.J. Bruin, *Zelf- en coregulering bij beroepsorganisaties* (2018), die stilstaat bij het onderscheid tussen beroepsgroep en beroepsorganisatie.

6. M. Bovens, 'Het gezag van de juristen; een empirische verkenning', in: *De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst*, (preadviezen NJV), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 57, 58.

7. F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, diss. VU, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

“Goh, we hadden niet gedacht dat een zo traditioneel en abstract onderwerp zo boeiend en relevant kon zijn voor onze alledaagse werkzaamheden”. Die opmerking is me altijd bijgebleven. Want is dat niet een beetje een vreemd vooroordeel? Hoezo is het onderwerp te traditioneel en staat het te ver af van de moderne bestuurspraktijk?

Nu behoort het legaliteitsbeginsel zonder twijfel tot de publiekrechtelijke klassiekers.⁸ De lijnen in de rechtspraak zijn meer dan honderd jaar oud.⁹ Wie heeft er niet gehoord van het Meerenberg-arrest (1879) of het Fluoriderings-arrest (1973)? Het legaliteitsbeginsel lijkt wellicht een sleets verhaal of een verhaal uit de oude doos. En in de bestuurspraktijk, ook in de Haagse wetgevingspraktijk, is er helaas nog wel eens de neiging te denken dat dat beginsel niet meer echt mee doet. Dat het is platgewalst door het effectiviteits- en efficiency denken en niet of nauwelijks meer van betekenis is in een moderne wereld waarin – gedreven door utiliteitstheorieën als New Public Management (NPM) en andere aan het public management ontleende opvolgers – de burger als “klant” wordt beschouwd en resultaatgerichtheid voorop staat.

De hierna te bespreken actuele voorbeelden laten – op een indringende manier – zien dat vragen naar legaliteit echter allesbehalve louter theoretisch of achterhaald zijn. Maar waar komt dat vooroordeel – want dat is het – toch vandaan? Dat is natuurlijk ietwat speculeren, maar ik denk dat het voor een belangrijk deel zit in de op zichzelf heel begrijpelijke politieke en maatschappelijke druk om snel en slagvaardig te kunnen opereren. Een onderdeel van de rijkdienst dat met een bepaalde opgave aan de slag moet, heeft er eenvoudigweg last van als er voor van alles eerst een specifieke wettelijke bevoegdheidsgrondslag voor handen moet zijn. Het legaliteitsbeginsel zit dan in de weg. Het werkt, zo is de beleving, belemmerend en vertragend. Toch is dat vereiste er bepaald niet zonder reden. Ik wil daarom nu eerst aan de hand van enkele voorbeelden de actualiteit en de grote betekenis van dit onderwerp voor het voetlicht brengen (paragraaf 3) en kom daarna op de ratio daarvan terug teneinde een oplossingsrichting te beproeven, die uiteraard niet los kan worden gezien van de Academie voor Wetgeving (paragraaf 4).

8. Vgl. W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*, oratie Leiden, Den Haag: Bju 2004, p. 49, 50 die zijn intreedende een traditioneel verhaal noemt dat steeds opnieuw verteld moet worden. Zie ook: W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (preadvies NJV), Deventer: Kluwer 2011, p. 14 e.v. S.E. Zijlstra, 'Wetgeven in een democratische rechtsstaat', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 71 e.v. bepleit te onderscheiden tussen het legaliteitsbeginsel en het legaliteitsvereiste.

9. Waarover: F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip bij de Hoge Raad', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 451 e.v.

3. Het legaliteitsbeginsel in de actualiteit

Ik zal hier nu met zevenmijlslaarzen langs enige zeer recente gevallen lopen, om de huidige betekenis van het legaliteitsbeginsel in onze democratische rechtsstaat te illustreren. Het is een betrekkelijk willekeurig greep uit recente kwesties, die telkens een ander aspect van het belang van het legaliteitsbeginsel in de schijnwerpers plaatsen. Toch is er wel een rode draad: het eerste voorbeeld speelt zich af in het hart van de overheidsorganisatie, het tweede staat enigszins op afstand, maar is nog direct aan de overheid gerelateerd, terwijl het laatste strikt genomen geen betrekking heeft op het optreden van de overheid, maar het legaliteitsbeginsel daarvoor toch uiterst relevant lijkt te zijn.

3.1 Kinderopvangtoeslag

Eerst de kinderopvangtoeslagaffaire. Het is hier niet de plaats om op alle aspecten van deze pijnlijke affaire in te gaan, maar om het legaliteitsaspect – de wettelijke bevoegdheidsgrondslag – kunnen we hier uiteraard niet heen. Zoals bekend, hanteerde de Belastingdienst/Toeslagen jarenlang de zogeheten ‘alles-of-nietsregel’. Die hield kort gezegd in dat wie een voorschot aan kinderopvangtoeslag had ontvangen, maar daarvan niet kon aantonen dat hij daarop volledig recht had, het gehele bedrag moest terugbetalen, en niet slechts het gedeelte dat niet kon worden onderbouwd. Maar in welk wettelijk voorschrift is die alles-of-nietsregel vastgelegd? En waaruit blijkt dat er geen beleidsruimte is om van die regel af te wijken? Opmerkelijk genoeg is dat allesbehalve duidelijk. Marseille, die de belangrijke uitspraak annoteerde waarin de Afdeling bestuursrechtspraak omging, verzuchtte meteen al dat hij die wettelijke bepaling niet kon vinden.¹⁰ Ik ben dat met hem eens. Deze alles-of-nietsregel staat niet in de Wet kinderopvang noch in de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir).¹¹ Wat er in art. 26 Awir wel staat is dat “het bedrag van de terugvordering in zijn geheel verschuldigd” is, maar dat is iets anders. Op deze bepaling is niet te baseren welk bedrag teruggevorderd moet worden: het gehele voorschot of een deel daarvan. Deze bepaling bepaalt slechts, als eenmaal vaststaat wat moet worden teruggevorderd, hoe daarmee (niet) moet worden omgegaan.

10. A.T. Marseille, ‘Kinderopvangtoeslagen’, AA 2020, p. 393 e.v., noot bij ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AB 2020/85 m.nt. A. Drahmann & D.K. Jongkind; RSV 2020/22 m.nt. E.J.E. Groothuis, N. Jak & P.J. Huisman.

11. Zie ook L.F.M. Besselink, ‘De Afdeling Bestuursrechtspraak en de rechtsstatelijke crisis van de Toeslagenaffaire’, NJB 2021/201, p. 194 e.v. Zijlstra – die voor het rapport van de Parlementaire Onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht*, Kamerstukken II 2020/21, 35510 nr. 2, bijlage 2 de jurisprudentieanalyse ‘Alles of niets’ schreef – acht de toepasselijke wetgeving voor meerderlei uitleg vatbaar, maar komt uiteindelijk tot de conclusie dat de jurisprudentie van de Afdeling niet juist was, in het bijzonder omdat zij haar uitleg van art. 26 Awir niet heeft onderbouwd met een verwijzing naar wettekst of parlementaire geschiedenis, zie: S.E. Zijlstra, ‘Lessen uit de toeslagenaffaire’, NTB 2021/60, p. 128. : J. van de Beeten & R.H. van de Beeten, ‘De mythe van de hardheidsclausule’, NTB 2021/136, p. 299 e.v.

De woorden van de wet zijn uiteraard in zeer hoge mate bepalend. Zo gezien gaat de Belastingdienst/Toeslagen met zijn toepassing van de alles-of-nietsregel zijn bevoegdheid ver te buiten, aangezien deze niet is gegrondvest op een wettelijke titel.

Maar dit was opmerkelijk genoeg voor de rechter niet heel evident.¹² Zoals zo vaak met wettelijke bevoegdheidsgrondslagen is dit primair een kwestie van wetsuitleg, waarbij niet uitsluitend wordt gekeken naar de letter van de wet en haar parlementaire geschiedenis, maar ook naar andere stukken, zoals adviesrapporten en literatuur. Voor de Afdeling bestuursrechtspraak was dit reden om jarenlang de alles-of-nietsregel wél in de wetgeving te lezen.¹³ Als dat eenmaal de lezing is, wordt het heel lastig om van de regel af te wijken, omdat dat óf zou neerkomen op een geheel afwijkende interpretatie van de wettelijke regels óf zou neerkomen op een soort van contra legem toepassing, waarbij aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel, meer gewicht zou toekomen dan aan de woorden van de wet.¹⁴ Dat is niet geheel uitgesloten, maar dan moeten eerst de apert onbillijke gevolgen van de toepassing van de wettelijke regeling heel duidelijk boven de horizon zijn verschenen, en dat vraagt nogal wat tijd. Vandaar dat het betrekkelijk lang duurde voordat de Afdeling bestuursrechtspraak omging.¹⁵

3.2 Fosfaatheffing melkveehouders

Het zou een misverstand zijn te menen dat een discussie in verband met het legaliteitsbeginsel zich slechts heel af en toe voordoet in de praktijk, en zich slechts openbaart bij maatschappelijk zeer “grote” of ingrijpende gebeurtenissen, die uitmonden in een politieke affaire. Integendeel, juist ook bij allerlei betrekkelijk “kleine” zaken, die buiten de eigen kring nauwelijks de aandacht krijgen, doen zich allerlei legaliteitsvragen voor.

12. Velen laten dit in het midden of houden het erop dat art. 26 Awir op meerdere manieren gelezen kan worden, zie m.n. A. Brenninkmeijer, ‘De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden’ als ‘verschrikkelijk ongeluk’, NJB 2021/2, p. 6 e.v. Vgl. ook J. van den Brink & R. Ortlepp, ‘Kinderopvangtoeslagaffaire. De democratische rechtsstaat wordt als staal in de wind gehard’, NJB 2021/353, p. 363 e.v.

13. Zie ook de nadere toelichting: B.J. van Ettekoven, ‘Tussen wet en recht. Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak op het rapport *Ongekend onrecht* van de Parlementaire onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslag’, NJB 2020/101, p. 98 e.v.

14. Bepleit is overigens het evenredigheidsbeginsel anders te duiden, namelijk als een in de Awb gecodificeerd beginsel dat van hogere orde is dan de bijzondere of sectorspecifieke wetgeving. Het bekende juridische adagium dat de bijzondere wet voor de algemene wet gaat, laat men dan dus varen. Zie M. Scheltema, *Een wet van Meeden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaagse bestuursrecht*, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving 2020 (www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl) en ook: M. Scheltema & H.G. Lubberdink, ‘Dura Lex, sed lex?’ in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 451 e.v. Dat zou, ofschoon hetzelfde resultaat is beoogd, mijns inziens het iets eerdere voorstel van Scheltema overbodig maken om in de Awb een art. 3.4a in te voegen dat als een soort van algemene hardheidsclausule moet fungeren, zie M. Scheltema, ‘Wetgeving in de responsieve rechtsstaat’, *RegelMaat* 2018 (33) 3, p. 128.

15. Van Ettekoven 2020/101, p. 98 e.v.

Op het eerste gezicht een wat meer technische kwestie, maar op de keper beschouwd net zo principieel, zijn de uitspraken van de bestuursrechter over de fosfaatheffingen voor melkveehouders.¹⁶ Deze heffingen worden opgelegd op grond van de ‘Regeling Fosfaatreductieplan 2017’. Deze ministeriële regeling beoogt de fosfaatproductie te begrenzen. De Regeling voorziet in een heffing voor een melkveehouder die meer vrouwelijke runderen houdt dan het referentieaantal op de peildatum en kent een bonusgeldsom toe indien een melkveehouder minder vrouwelijke runderen houdt dan het referentieaantal op de peildatum. De heffing wordt op grond van deze Regeling opgelegd door de minister van Landbouw Natuur en Voedselkwaliteit. Opmerkelijk is overigens dat de inning van deze heffingen niet plaatsvindt door de minister maar in mandaat door de zuivelfabrieken; deze “privatisering” zal ik hier nu echter terzijde laten.

Waar het nu om gaat is de bevoegdheid tot vaststelling van deze heffingsregeling. Waarop berust die? Door de melkveebedrijven wordt betoogd dat de minister zich ten onrechte op het standpunt stelt dat art. 13 van de Landbouwwet daarvoor een wettelijke grondslag biedt. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven volgt de minister, maar over het antwoord op de vraag of de Landbouwwet nu echt een adequate en specifieke grondslag biedt, kan men op zijn zachtst gezegd twisten. De wet moet in elk geval vrij ruim en soepel worden uitgelegd om tot het gewenste resultaat te komen. Dat verdient wel bijzondere aandacht, want als er in de rechtsstaat nu iets een wettelijke grondslag moet hebben dan is het wel de heffing van belastingen. Niet voor niets is dit fiscale legaliteitsbeginsel in de Grondwet van een afzonderlijke grondslag voorzien (art. 104 Gw) en niet voor niets luidt het oude Britse ongeschreven staatsrechtelijke adagium “no taxation without representation”. Helaas voor de melkveebedrijven beschouwt de rechter deze heffing echter niet als een belasting. Waarom eigenlijk niet? Het argument is dat de geïnde heffingen in een pot gaan waaruit de bonussen voor melkveehouders worden betaald en dus geen inkomsten voor de Staat vormen. Dat zou eigenlijk toch wel een wat diepergaande beschouwing van de rechter verdienen: vormen niet de meeste belastingen een pot waaruit overheidsuitgaven worden gedaan?

16. O.a. College van Beroep voor het bedrijfsleven 21 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:421 en College van Beroep voor het bedrijfsleven 14 juli 2020, ECLI:NL:CBB:2020:464, AB 2021/95 m.nt. M.J. Jacobs.

3.3 Google en Zwarte Piet: Big Tech

Komen we met de fosfaatheffing al een klein beetje buiten de directe overheidssfeer (de heffingen werden immers geïnd door de private melkfabrieken), het volgende voorbeeld gaat in dit opzicht aanzienlijk verder. “Google doet Zwarte Piet in de ban”, zo viel vorig jaar te lezen in de media. Ook Facebook en Instagram hebben het promoten van Zwarte Piet verboden. Het beleid geldt zelfs voor de roetveegpiet. Er schijnen wel enige uitzonderingen te worden gemaakt: op YouTube mogen nog wel video’s met deze figuur verschijnen, omdat een “levendig, publiek debat” over Zwarte Piet gaande is. Ook voor websites die “educatief of journalistiek van aard zijn” wordt een uitzondering gemaakt.¹⁷ Dat zijn nogal ingrijpende keuzes. Of men nu voor of tegen Zwarte Piet is, de burger wordt hier in feite aanzienlijk in zijn uitingsvrijheid beperkt. Dat roept nogal wat fundamentele vragen op. Wie zijn de Techreuzen nu helemaal dat zij deze keuzes voor ons mogen maken? Is Google wel de juiste instantie om te bepalen wat wel of niet geoorloofd is in het publieke debat? Is het bestuur van Google soms democratisch verkozen?

Uiteraard, de Big Techbedrijven behoren niet tot de overheid. Voor hen geldt het systeem van het publiekrecht niet. Het legaliteitsbeginsel is niet voor hen bedoeld. Het gaat hier om private ondernemingen, om multinationals. Maar is daarmee alles gezegd? Wat is het verschil met fluoriderende gemeenten? De les van het Fluoriderings-arrest is dat niet alleen normatieve verplichtingen op een specifieke wettelijke grondslag dienen te berusten, maar ook het overheidsoptreden dat feitelijk tot bepaald gedrag dwingt. Het dragende element in de redenering van de Hoge Raad was destijds dat de burger feitelijk gedwongen zou worden geïnduceerd drinkwater te nuttigen, omdat er geen reële alternatieven voor handen waren (een tweede fluoridevrij drinkwaternetwerk werd te kostbaar geacht).¹⁸

Dat is hier niet wezenlijk anders. De Big Techbedrijven zijn zo groot en invloedrijk geworden dat er voor de burger geen ontsnappen meer aan is. Het argument dat wie niet deel wil nemen dan maar weg moet blijven van Google, Facebook enz. snijdt in deze tijden nauwelijks nog hout. In grote delen van de maatschappij is Big Tech zo belangrijk geworden dat niet meedoen geen reële mogelijkheid meer is. Wie niet participeert, zet zichzelf in velerlei opzicht, zowel economisch, politiek als sociaal, buiten de samenleving. Niet meedoen, is ietwat overdreven gezegd, sociale zelfmoord. Dat bekent natuurlijk nogal wat. De literatuur drukt zich over de impact van Big Tech dan ook uit in dramatische bewoordingen. Zo wordt gesproken over “digitaal feudalisme”¹⁹ en zelfs over “het einde van het recht”.²⁰

17. NRC Handelsblad 28 oktober 2020.

18. Hoge Raad 22 juni 1973, NJ 1973/386 m.nt. A.R. Bloembergen; AB Klassiek 2016, nr. 4, m.nt. F.J. van Ommeren.

19. R. Passchier, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 89.

20. Mireille Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, Edward Elgar 2015. Maxim Februari, *Hoe de inzet van data-technologie het karakter en de werking van het recht verandert*, Den Haag: Raad voor het

Waarin verschilt Big Tech van de overheid? De grote techbedrijven zijn – met behulp van artificiële intelligentie – feitelijk in staat om eenzijdig dwingende regels vast te stellen die de mogelijkheden en onmogelijkheden van de burger in de digitale samenleving bepalen.²¹ Dat roept veel principiële vragen op, waarvan de meest prangende misschien wel is hoe de waarden die achter het legaliteitsbeginsel schuil gaan – van vrijheid, rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en democratie, van macht en tegenmacht –, kunnen worden gewaarborgd in een wereld waarin Big Tech zo machtig en invloedrijk is geworden, dat zij zich als pseudo-overheidsinstellingen kunnen gedragen. Hoe kunnen private bedrijven als Big Tech publiekelijk verantwoording afleggen?²²

3.4 De actualiteit biedt nog veel meer... coronamaatregelen... en de NCTV...

Voor wat ik hier over het legaliteitsbeginsel en de Academie voor Wetgeving wil zeggen, kan met deze drie voorbeelden worden volstaan. Het is echter niet moeilijk zo nog even door te gaan.

Ik had natuurlijk kunnen beginnen met de open deur van het jaar: de coronamaatregelen. Toen het systeem met de regionale noodverordeningen voor de iets langere termijn op een veel te magere wettelijke grondslag gebaseerd bleek te zijn, kwam er eind 2020 uiteindelijk de Tijdelijke wet maatregelen covid-19.²³ De avondklok was daarin echter niet geregeld. De Tijdelijke regeling landelijke avondklok covid-19 was gebaseerd op de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Wbbbg). Toen de voorzieningenrechter echter oordeelde dat de Wbbbg ten onrechte was geactiveerd en dat die grondslag onmiddellijk buiten werking moest worden gesteld,²⁴ heeft de wetgever het zekere voor het onzekere genomen door de uitkomst van het hoger beroep niet af te wachten en met zeer grote spoed de 'Tijdelijke wet beperking vertoeven in de openlucht covid-19' tot stand te brengen, teneinde de tijdelijke regeling te kunnen "omhangen" naar de nieuw voorgestelde wettelijke grondslag in de Wet publieke gezondheid.²⁵ Ook hier draaide het om het legaliteitsbeginsel: was de gekozen wettelijke grondslag wel voldoende adequaat? En in hoeverre maakt het verschil dat het parlement niet achteraf beslist over de voortdurende (bij de Wbbbg-constructie), maar enkel vooraf

Openbaar Bestuur 2020.

21. S. Ranchordas, 'Digitale Platformen: Globale Staten naast de Staat?', in: L.F.M. Besselink (red.), *De economische constitutie. Beginselen van de Democratische rechtsstaat tussen Globalisering en Europeanisering*, Staatsrechtconferentie 2019, Wolf Legal Publishers 2020, p. 73 e.v. en Passchier 2021, p. 82.

22. ROB, *Sturen of gestuurd worden? Over de legitimiteit van sturen met data*, Den Haag: Raad voor het Openbaar Bestuur 2021.

23. Stb. 2020, 441, inwerking getreden op 1 december 2020.

24. Rechtbank Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1100, AB 2021/99 m.nt. R. Stijnen vernietigt door Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285; AB 2021/102 m.nt. R. Stijnen.

25. Stb. 2021, 85.

instemt met een delegatiegrondslag? En dan zwijg ik hier nog over de met de Tijdelijke wet maatregelen covid-19 geïntroduceerde figuur van het vetorecht, dat de Tweede Kamer de mogelijkheid geeft niet in te stemmen met een ministeriële regeling, waardoor die niet in werking treedt.²⁶

Men zou kunnen denken dat de coronapandemie iets extreem uitzonderlijks is en daarom voor de rechtsontwikkeling niet maatgevend zou zijn. Wat het verband met het legaliteitsbeginsel betreft valt dat helaas zeer te betwijfelen: de coronamaatregelen lopen niet zo heel veel meer uit de pas dan allerlei andere overheidsmaatregelen, die eigenlijk een wettelijke basis behoeven maar waarvoor die onvoldoende duidelijk is of geheel ontbreekt. De hiervoor iets meer uitgewerkte voorbeelden spreken boekdelen.

En terwijl ik dit stuk afrond, verschijnt de Nationaal Coördinator Terrorismedebestrijding en Veiligheid (NCTV) in het nieuws. De NCTV zou heimelijk burgers volgen op sociale media en ook in andere opzichten diepgaand in het leven van de burger ingrijpen.²⁷ Dat mag uiteraard niet zonder een specifieke wettelijke grondslag die hem daartoe uitdrukkelijk bevoegd maakt. Maar die grondslag blijkt te ontbreken.²⁸ Wat is de reikwijdte van zijn bevoegdheden? De NCTV is geen Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD), maar een departementale dienst die valt onder de verantwoordelijkheid van de minister van Justitie en Veiligheid. Kortom, weer een legaliteitskwesitie, die via de media wordt geopenbaard.

Als we even wachten dient zich vast wel weer een nieuw geval aan. De stroom aan voorvallen is haast eindeloos. Wie durft nog te beweren dat het legaliteitsbeginsel zijn relevantie heeft verloren?²⁹

26. Art. 58c, tweede en derde lid, Wet publieke gezondheid. Waarover: P.P.T. Bovend'Eert, 'Parlementaire betrokkenheid in de tijdelijke Coronawet', *NJB* 2020/2641, p. 2990 e.v. met reactie J. Brouwer & J. Schilder, 'Parlementair vetorecht bij ministeriële coronamaatregelen', *NJB* 2020/3053, p. 3391 e.v. met naschrift auteur.

27. NRC Handelsblad 10 april, 29 april en 4 mei 2021.

28. Het kabinet is voornemens de juridische grondslag te versterken en beter te verankeren, zie Kamerstukken II 2020/21, 32761 en 30821, nr. 180.

29. Zie over de wijze waarop de wetgevingsjurist dit beginsel in acht heeft te nemen: F.J. van Ommeren, 'Het legaliteitsbeginsel in het wetgevingsbeleid', *Bestuurswetenschappen* 2009, nr. 4, p. 11 e.v.

4. De waarden van de democratische rechtsstaat

4.1 Legaliteitsbeginsel en rechtsstatelijke waarden

De hiervoor aangesneden legaliteitsperikelen staan bepaald niet op zichzelf. Zij zijn nauw verbonden met andere juridische kwesties, zoals wetsuitleg, delegatie, misbruik van bestuursbevoegdheid (*détournement de pouvoir*), de contra legem-werking van rechtsbeginselen en de beperking van grondrechten. Langs die weg houden zij verband met rechtsstatelijke themata als ministeriële en ambtelijke verantwoordelijkheid, democratie en zeggenschap, de machtscheiding en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter.

Dat hoeft niet te verwonderen. Niet voor niets vormt het legaliteitsbeginsel een van de basisprincipes van de democratische rechtstaat. Koole heeft dit in zijn recente boek fraai verwoord door de democratische rechtsstaat te beschouwen als bestaande uit twee pijlers, de electorale en de niet-electorale pijler.³⁰ Mijns inziens vormt het legaliteitsbeginsel het verbindende element tussen deze twee pijlers.³¹ Het maakt medezeggenschap van de vertegenwoordigende organen mogelijk en het fundeert het optreden van het openbaar bestuur. Het is daardoor tevens voor een belangrijk deel bepalend voor het rechterlijke toetsingskader.

4.2 Van een rechtsstatelijk tekort naar een rechtsstatelijke cultuur

De beginselen van de democratische rechtsstaat worden in het openbaar bestuur echter niet steeds als aantrekkelijk ervaren: zij doen pijn, zij knellen. Zij lijken in de dagelijkse praktijk aan slagvaardig en effectief bestuur in de weg te staan. Zij heten zelfs een hinderpaal. Hoe vervelend dat voor de bestuurder op dat moment ook mag zijn, toch doen zij hun werk dan juist goed. Dan doen zij waarvoor zij in het leven zijn geroepen: zij waarborgen de belangen van de burger tegenover een, daarmee vergeleken, beresterk overheidsapparaat.

De waarden van de rechtsstaat worden (te) vaak niet serieus genomen, delven het onderspit tegenover heel wat andere belangen. Een overheidsinstantie die haast heeft, heeft niet het geduld om te wachten totdat er in een adequate wettelijke grondslag is voorzien die haar bevoegd maakt. De politieke en maatschappelijke druk om snel succes te boeken dwingt tot snel en resultaatgericht optreden. Maar met die attitude is het wachten op kleine of grote rampen. De hiervoor besproken casuïstiek laat dat zien.

Net zoals in de wereld van de politiek en het openbaar bestuur over een financieringstekort of een handhavingstekort wordt gesproken, zo kunnen we ook spreken over een rechtsstatelijk tekort. Dat zich een rechtsstatelijk tekort openbaart, is onmiskenbaar. De Raad voor het Openbaar Bestuur heeft daarop met nadruk gewezen, en hij is niet de enige.³² Willen we dit soort rampen en andere voorvallen voorkomen, dan zal er daarvoor in onze samenleving, bij overheid en burger een veel sterkere rechtsstatelijke cultuur moeten ontstaan, die bewerkstelligt dat de waarden en beginselen van de democratische rechtsstaat, met inbegrip van de (rechts)regels aan de hand waarvan zij hun uitwerking hebben gekregen, steeds in acht worden genomen. Dat vereist bij alle betrokken partijen voldoende kennis en een sterk ontwikkeld rechtsstatelijk besef.³³

Nu is het concept van een 'rechtsstatelijke cultuur' uiteraard op zichzelf wel een beetje vaag. Ik hoop in het voorafgaande daaraan wat meer invulling te hebben gegeven: een rechtsstatelijke cultuur is een cultuur waarin alle betrokkenen als vanzelf – zonder al te veel dwang of drang – de rechtsstatelijke waarden in acht nemen. Daarbinnen vormt het legaliteitsbeginsel een belangrijk vehikel, maar zeker niet het enige. Wat dat concreet betekent? De hiervoor gegeven voorbeelden beogen dat te illustreren, daargelaten of het nu gaat om de fluoridering van drinkwater – vroeger – of het verstrekken van kinderopvangtoeslag, het opleggen van fosfaatheffingen dan wel het bepalen van onze uitingsvrijheid door Big Techbedrijven – heden ten dage.

30. Ruud Koole, *Twee pijlers. Het wankel evenwicht in de democratische rechtsstaat*, Amsterdam: Prometheus 2021.

31. F.J. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: BJu 2003, p. 19.

32. Men zie in het bijzonder ook de jaarverslagen van de Raad van State, waarover R.A.J. van Gestel, 'De rechtsstaat in discussie', *RegelMaat* 2020 (35) 4, p. 261 e.v. Zie ook Geert Corstens & Reindert Kuiper, *De rechter grijpt de macht. En andere misvattingen over de democratische rechtsstaat*, Amsterdam: Prometheus 2020, p. 216 e.v. die waarschuwen voor wat zij in navolging van Barbera Oomen 'rechtsstaatapathie' noemen.

33. ROB, *Een sterkere rechtsstaat. Verbinden en beschermen in een pluriforme samenleving*, Den Haag: Raad voor het Openbaar Bestuur 2020. Omdat zo iets niet vanzelf gaat, heeft de ROB het kabinet aanbevolen een beleidsagenda, een zogeheten 'rechtsstaatsagenda', op te stellen die hieraan handen en voeten kan geven (a.w., p. 27-29).

Voorkomen is beter dan genezen. De rechtsstaat moet weer in onze genen gaan zitten. Van álle betrokkenen, en zeker ook van juristen.³⁴ Maar niet alleen van hen. Want waarom zouden uitsluitend juristen – en met name publiekrechtelijk georiënteerde juristen – de hoeders van de rechtsstaat moeten zijn? Daarvoor zijn de beide Academies harder nodig dan ooit! Ik zou zelfs willen zeggen: gooi de deuren open, zorg óók voor een cursus ‘Waarden van de rechtsstaat voor niet-juristen’. De totstandbrenging van wetgeving en het legaliteitsbeginsel gaan hand in hand. Niet alleen in het verleden, maar ook nu, met al die nieuwe maatschappelijke en technische ontwikkelingen. Het heeft niet zoveel zin het legaliteitsbeginsel geïsoleerd te beschouwen. Juist via dit rechtsbeginsel worden waarden als vrijheid en democratie, als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid als macht en tegenmacht gewaarborgd.³⁵ De betekenis van het legaliteitsbeginsel zou ook – anno nu – in het brandpunt van de politieke en bestuurlijke aandacht moeten staan. Het zijn de Academies voor Wetgeving en Overheidsjuristen die een wezenlijke bijdrage kunnen leveren aan de broodnodige rechtsstatelijke cultuur bij overheid en samenleving. Die cultuur moet overheid en burger inspireren om de rechtsstaat te dragen en te bewaken.

4.3 Ook buiten de overheid?

We moeten ons daarbij naar mijn idee niet beperken tot de overheid zelf. De overheid is, zo bleek, bepaald niet de enige die bindende, eenzijdig dwingende maatregelen oplegt. Big Tech-platformen worden wel beschouwd als online-staten.³⁶ Dat dwingt ons erover na te denken in hoeverre de waarden van de rechtsstaat ook van toepassing moeten zijn op niet-statelijke partijen. Als we vinden dat bepaalde, van oudsher als publiekrechtelijk beschouwde, principes en uitgangspunten ook buiten de overheid hebben te gelden, dan zullen zij ook buiten de directe overheidssfeer – en dus niet alleen bij publiekrechtjuristen – bekendheid moeten genieten. Anders worden ze genegeerd en gaan hun waarborgen verloren. Een rechtsstatelijke cultuur moet er niet alleen zijn voor de overheid en de politiek, maar ook voor de burger, met inbegrip van het bedrijfsleven en de maatschappelijke organisaties. Dat vormt uiteraard een reden te meer de voorgestelde cursus over de waarden van de rechtsstaat bij de Academie breed open te stellen!

34. Vgl. Kraan & Niemeijer 2018, p. 95, die het bewaken van de rechtsstaat een primaire taak van de overheidsjurist noemen.

35. Waarover recent: G.J. Veerman, *Denken en denkers over wetgeving. Een historisch en systematisch overzicht*, Wolf Legal Publishers 2021, p. 174 e.v. die de inhoud van de rechtsstatelijke waarden op zichzelf te onduidelijk acht om als toetsingskader voor overheidsoptreden te kunnen fungeren. Maar juist daarom, zo zou ik daaraan willen toevoegen, is het zo belangrijk dat deze waarden in het recht een nadere en meer precieze uitwerking hebben gekregen, zoals aan de hand van het legaliteitsbeginsel, dat wel als onderdeel van het toetsingskader kan fungeren.

36. Ranchordas 2020, p. 86 e.v.

5. Epiloog: rampen, affaires en andere invloeden van buitenaf

Ter afronding keer ik nog even terug naar het begin. Ik wees erop dat de Academie voor Wetgeving een belangrijke bijdrage heeft geleverd en nog steeds levert aan de erkenning en herkenning van de wetgevingsjurist als separate beroepsgroep. Dat was niet zonder reden. De Academie voor Wetgeving is ooit opgericht mede naar aanleiding van een “ramp”, te weten de Securitel-affaire,³⁷ die leidde tot een versterking van de aandacht voor de uitvoering van de wetgevingstaak op de ministeries.³⁸ Op dit moment is de situatie helaas niet anders: er is een ramp nodig om ons met de neus op de rechtstatelijke feiten te drukken. De gevolgen van de kinderopvangtoeslagaffaire zijn helaas nog lang niet achter de rug. Het is zeer spijtig dat er steeds een of andere externe factor, een “ramp”, nodig is om de waarden van recht en legaliteit op de agenda te zetten.

De samenleving als geheel zal gevoeliger moeten worden voor de waarden van de rechtsstaat. Nu overheidsjuristen ten opzichte van de macht in een perifere positie zijn terechtgekomen, zullen zij meer aan zendingswerk moeten doen.³⁹ We zijn nooit uitgeleerd. Permanente aandacht voor deze waarden is vereist. Als we erin slagen om dat te realiseren, zijn er geen rampen of andere noodlottige gebeurtenissen meer nodig om het actuele belang van het legaliteitsbeginsel en de andere waarden van de rechtsstaat voor het voetlicht te brengen.⁴⁰ Dan zijn de waarden van de rechtsstaat pas echt geïnternaliseerd. Is dat geen mooi ideaal, juist ook voor de Academie voor Wetgeving?

37. Kamerstukken II 1997/98, 25389, nr. 27. De zogeheten Securitelaffaire ontstond naar aanleiding van het gelijknamige arrest van het HvJ EG 30 april 1996, C-194/94, dat betrekking had op de gevolgen van het niet notificeren van technische voorschriften.

38. Zie onder meer de Nota Wetgevingskwaliteitsbeleid en het kabinetsstandpunt bij het eindrapport van de (eerste) Visitatiecommissie wetgeving, Kamerstukken II 2000/01, 27475, nr. 2.

39. Bovens 2020, p. 58.

40. Vgl. Herman Tjeenk Willink, *Groter denken, kleiner doen. Een oproep*, Amsterdam: Prometheus 2018.